



CEJA · JSCA



cooperación
alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEITUNG

Implementado por
giz
GIZ - Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit
an der Deutschen ZUSAMMENARBEITUNG

Documento de Trabajo

DERECHO A LA SALUD

FORO PERMANENTE SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A LA SALUD EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19



© 2022 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
San Pío X 2460 oficina 1602, Providencia, Santiago de Chile
Tel. +(56 - 2) 274-2933
www.cejamericas.org

Foro permanente sobre acceso a la justicia y derecho a la salud en América latina en el contexto de la pandemia del covid-19, actividad realizada en conjunto con DIRAJus de GIZ.

Equipo Editorial y Gráfico
CEJA

ISBN
978-956-8491-92-5

FORO PERMANENTE SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A LA SALUD EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19¹

GRUPO DE TRABAJO 3: DERECHO A LA SALUD²

-
- 1 Las opiniones expresadas en este informe son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente la opinión o posición oficial del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y del Programa DIRAJus de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ).
 - 2 La coordinación del Grupo de Trabajo sobre Derecho a la Salud correspondió a la experta argentina Natalia Echegoyemberry. En el grupo de trabajo participaron las expertas y expertos: Alicia Yamin (Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard), Jaime Breilh (Área de Ciencias de la Salud de la Universidad Andina Simón Bolívar), Mariluz Martín Martínez (ALAMES), Gonzalo Basile (CLACSO), Liliana Ronconi (CONICET, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires), Robinson Pérez Vera (Universidad de Chile), Daniel Maceira (CONICET, Health Systems Global, CEDES), Ernesto Báscolo (OPS/OMS), Alejandro Morlachetti (OPS/OMS), Oscar A. Cabrera (Instituto O'Neil para la Salud Global), Lina Diaz Castro (Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Mejlá), Ximena Paz Aguilera (Centro de Epidemiología y Políticas de Salud de la Facultad de Medicina – Clínica Alemana de la Universidad del Desarrollo), Fernando Tarapow (Universidad de Buenos Aires), Claudia Madies (Ministerio de Salud de la Nación Argentina) y Javier Palummo (MERCOSUR).

Índice

1.	Introducción y metodología de trabajo	9
2.	El derecho a la salud	13
	2.1. Problemas identificados	14
	2.2. Propuestas de solución	24
3.	Gobernanza sanitaria	29
	3.1. Problemas identificados	30
	3.2. Propuestas de solución	38
4.	Reglamento Sanitario Internacional	41
	4.1. Problemas identificados	42
	4.2. Propuestas de solución	47
5.	Reflexiones finales de la coordinadora del grupo de trabajo	55
	5.1. Sobre el derecho a la salud	55
	5.2. Sobre la gobernanza sanitaria	56
	5.3. Sobre el Reglamento Sanitario Internacional	57

Presentación

El “Foro Permanente sobre Acceso a la Justicia y Derecho a la Salud en América Latina en el contexto de la pandemia del COVID-19” es un esfuerzo conjunto implementado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Programa DIRAJus de la Cooperación Alemana/GIZ.

El Foro se ha concebido como una instancia colaborativa de intercambio, análisis y divulgación de información referente a la situación del acceso a la justicia y el derecho a la salud en la región latinoamericana, en el contexto de la pandemia del COVID-19. El Foro sesionó durante el año 2021 y estuvo conformado por un grupo amplio y diverso de organizaciones sociales, instituciones académicas y personas expertas de distintos países de la región para quienes los impactos de la pandemia en el acceso a la justicia y en el derecho a la justicia han sido motivo de preocupación académico-profesional.

El principal objetivo del Foro fue analizar cómo las medidas adoptadas para contener la pandemia provocaron o pudieron haber provocado una afectación a los derechos humanos. Con esto se buscó entregar criterios y propuestas para fortalecer el rol de la justicia en la contención y superación de dichas afectaciones, en sus dimensiones individual y colectiva, que derivan de lagunas normativas y prácticas que atentan contra derechos en tiempos de crisis.

Dentro del Foro se constituyeron tres grupos temáticos, que contaron con sendas moderaciones. Los temas individuales de los grupos fueron los siguientes. El Grupo 1 trató el tema del Estado de Derecho y el acceso a la Justicia; el Grupo 2 la afectación de las libertades en los estados de excepción decretados en muchos países y las reacciones sociales en situación de excepción pandémica; el Grupo 3 la definición del “Derecho a la Salud” y lo que se denomina la “gobernanza sanitaria global” durante la pandemia.

Con este documento se quiere hacer conocer los temas tratados en los subgrupos del Foro a un público más amplio: autoridades y funcionarios estatales, representantes de altos tribunales de justicia, miembros de la academia y la sociedad civil, medios de comunicación y la comunidad latinoamericana en general.

1. Introducción y metodología de trabajo

En América Latina, las distintas crisis sociales, económicas, políticas y sanitarias hicieron que el derecho a la salud no pueda ser materializado con los alcances previstos en los distintos ordenamientos jurídicos. Particularmente, la pandemia provocada por la COVID-19, considerada una catástrofe mundial, agravó y profundizó la situación de los grupos más vulnerables quienes se encontraron con múltiples obstáculos para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

A partir de ello, se debe señalar la necesidad de contar con un nuevo sistema internacional de preparación y respuesta ante las pandemias, el cual tenga en cuenta la determinación social de los procesos de salud, enfermedad, atención y cuidado, y regule con equidad sobre bienes públicos mundiales, determinantes ambientales y fuerza laboral. También se insta a transformar los sistemas sanitarios de todo el mundo y a redefinir la salud para proporcionar la misma calidad de atención independientemente del área geográfica, los ingresos o la condición social (Panel Independiente de la OMS, 2021).

Ante este panorama, se tornó necesario generar instancias de discusión colectiva con relación a los múltiples obstáculos y barreras para el ejercicio del derecho a la salud en contextos de crisis permanente. Con la idea de poder establecer puentes entre distintos campos –sanitario, jurídico, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho administrativo internacional–, abordar la situación actual de pandemia y pensar la pospandemia.

En el marco del Foro, el Grupo de Trabajo sobre Derecho a la Salud tiene por propósito consensuar, validar puntos de partida, ofrecer diagnósticos y generar propuestas que permitan repensar el derecho a la salud desde América Latina. En consecuencia, se busca generar aprendizajes sobre el núcleo intangible de derechos que los Estados deben asegurar aún en contextos de emergencias.

Nuestro objetivo fue el de generar una reflexión crítica y profunda sobre las medidas que son necesarias, tanto jurídicas como sanitarias, para



implementar el abordaje y la prevención de futuras pandemias desde una perspectiva latinoamericana.

Este documento se constituye en una síntesis da cuenta del proceso de debate, reflexión, puntos de encuentro y diferentes perspectivas en torno al derecho a la salud, la gobernanza sanitaria y el Reglamento Sanitario Internacional (RSI). Para su elaboración, se utilizaron fuentes primarias, provenientes de distintos foros y entrevistas individuales a las expertas y expertos, así como a miembros de la academia, funcionarias y funcionarios estatales de distintos países de la región y representantes de organismos multilaterales.

Asimismo, se realizaron tres sesiones de trabajo que siguieron la misma metodología. Los espacios estuvieron divididos en dos bloques. Los primeros apuntaban a la generación de diagnósticos y los segundos a la elaboración de propuestas de solución a los problemas identificados. El grupo de trabajo contó con tres ejes de indagación.

- a. *Alcances del derecho a la salud en contextos de estado permanente de crisis.* Estuvo destinado a analizar los alcances del derecho a la salud en contextos de estados permanentes de crisis, a partir de problematizar la dimensión individual y colectiva del derecho a la salud, su regulación, las jerarquías normativas establecidas en la crisis sanitaria, la posible colisión de intereses y tensiones con otros derechos fundamentales, así como la posibilidad de armonizarlos con el deber de protección de los Estados.
- b. *Desafíos de la gobernanza sanitaria local, nacional, regional y el rol de los Estados en la garantía del derecho a la salud y el acceso a la justicia en contextos de crisis.* Estuvo destinado a elaborar, consensuar y validar diagnósticos que sirvan para determinar cuáles fueron los principales problemas en torno a la gobernanza sanitaria local, nacional y regional, así como a identificar aquellos marcos legislativos y regulatorios que pueden facilitar el abordaje de la crisis sanitaria, teniendo en cuenta la perspectiva de salud como derecho humano fundamental.
- c. *Problemáticas, implicancias y desafíos del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), pensado desde el Sur Global.* Estuvo destinado a

analizar las principales problemáticas e implicancias del RSI desde el Sur Global y generar lineamientos y criterios para la elaboración de un nuevo RSI.

A partir de esta información, se elaboró el presente documento que busca servir como insumo a las organizaciones de la sociedad civil, organismos internacionales de derechos humanos, miembros de la academia, gestores del RSI y otros actores para generar una discusión profunda sobre las reformas necesarias para revertir y visibilizar las barreras que obstaculizan la plena realización del derecho a la salud en la región.

2. El derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho humano fundamental, universal, inalienable, imprescriptible e irrenunciable³. Es indivisible e interdependiente de otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Sin embargo, no tiene igual tratamiento normativo en todos los países de la región⁴, variando el alcance, extensión, jerarquía, y el grado de reconocimiento y armonización que se le da en el plano doméstico al derecho internacional de los derechos humanos.⁵

Como se mencionó, el grado de realización del derecho a la salud en América Latina es dispar. Aun cuando gran parte de los países de la región lo constitucionalizaron y ratificaron tratados internacionales de derechos humano⁶ y otros instrumentos jurídicos como el RSI, existen grandes brechas entre el derecho consagrado y su implementación. Las desigualdades sociales, junto con aquellas problemáticas propias de cómo se configura y organiza el sistema de salud y los modelos de organización, condicionan su realización en la realidad.

Pero también encontramos otros elementos que afectan y generan incertidumbre en la exigibilidad del derecho, como la falta de definición

3 Para profundizar, véase: Courtis, C. (2007) “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”. En: Abramovich V *et al.* (comp.). La aplicación de los tratados de Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005). Buenos Aires: Editores del Puerto: 2007.

4 El derecho a la salud se encuentra contemplado en las constituciones de los siguientes países: Argentina (art. 42), Bolivia (art. 18, 35, 36,38,39,41), Brasil (art. 6 y 196, lo entiende como derecho social), Chile (art. 19.9, establece el derecho a la protección de la salud), Colombia (art. 48, 49), Ecuador (art. 32, 362), Paraguay (art. 68), Perú (art. 7, 11), Surinam (art. 36), Uruguay (art. 44), Venezuela (art. 83) entre otros.

5 Para profundizar, véase: Monroy, G. *et al.* (2019). El derecho a la salud y su impacto sanitario en Sudamérica. Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia. Vol. 67, n° 3: 229-38.

6 El derecho a la salud es reconocido en varios instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 25), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948, art. 11); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988, art. 10). Asimismo, el Acuerdo de Escazú con relación a los derechos de acceso que garantiza (acceso a información sobre salud y ambiente) (2018, art 2, c).



conceptual, legal y operacional de lo que se entiende por salud en un determinado contexto. Al no existir una definición legal uniforme, el diseño y la aplicación de las obligaciones dependen del modelo de salud que prevalezca en cada Estado.

Por lo tanto, existe una interdependencia entre las obligaciones emanantes del derecho y el modelo prevaleciente dentro de cada Estado, lo que puede llevar a una aplicación diferente de las obligaciones asumidas en el plano internacional y en el contexto nacional o doméstico (Ahrens, 2022). En este sentido, la problemática de falta de definición de salud en el plano doméstico de los países se traslada también al plano del derecho internacional de los derechos humanos. Esta situación conduce a respuestas no uniformes en la región e implica analizar necesariamente el contexto, el sistema de salud y modelo en el que se inserta el derecho a la salud.

2.1. PROBLEMAS IDENTIFICADOS

El grupo de trabajo se enfocó en identificar las dificultades y desafíos que enfrentan los países de América Latina para garantizar la plena realización del derecho a la salud. A continuación, se enuncian las principales observaciones y una síntesis de las reflexiones de las expertas y expertos.

a. Afectación institucional y restricción de derechos en contexto de pandemia

El grupo de trabajo convino en que, si bien se realizaron esfuerzos estatales en la región para el abordaje de la pandemia, aún se desconoce el impacto de las medidas con relación a otros derechos y a la estructura institucional. A su vez, se enfatizó que la mayoría de los países latinoamericanos adoptaron medidas de excepción constitucional, impactando en la división de poderes a partir de la acumulación de funciones en los poderes ejecutivos y recurriendo a la suspensión de las funciones de los parlamentos en algunos países.

A su vez, se mencionó que los poderes judiciales de la región se limitaron a cumplir funciones jurisdiccionales mínimas, citando estudios

recientes de ACIJ (2020)⁷. De tal forma, se encontró que las suspensiones de actividades jurisdiccionales impactaron en el rol insustituible que tiene el Poder Judicial en la protección de derechos y en el control sobre los otros poderes del Estado.

En este escenario, se mencionó que los problemas de acceso a la justicia y sanitarios impactaron de manera desigual y diferenciada en grupos, colectivos y comunidades vulnerabilizadas. Estas conclusiones coinciden con numerosos estudios nacionales e internacionales que señalan esta problemática⁸.

También se mencionó, citando el Panel de Expertos de las Naciones Unidas (ONU), que existe desconfianza y baja credibilidad con relación al rol de los organismos intergubernamentales en el control de la pandemia. Esto, a su vez, genera desconfianza en las recomendaciones que emiten y cuestionamientos a las medidas farmacológicas y no farmacológicas establecidas en el marco del RSI.

b. Interrupción del Estado de derecho y ruptura del contrato social

Surgió un debate entre las expertas y expertos en torno a si durante la pandemia se interrumpió el Estado de derecho o existió una ruptura del contrato social, generándose una profundización o agravamiento de las condiciones inequitativas preexistentes.

Para algunos, la pandemia provocó efectivamente la ruptura del Estado de derecho y puso en crisis todos los derechos fundamentales. Por el contrario, a partir del análisis del caso de Paraguay, otros sostuvieron que no existió dicha ruptura, sino un incumplimiento de la obligación del

7 ACIJ (2020). Reporte de resultados de la encuesta sobre la situación de acceso a la justicia en contexto de pandemia desde la perspectiva de las organizaciones y activistas. Informe institucional elaborado por María Natalia Echegoyemberry para ACIJ, FIMA, LABA, DPLF, CEJA, Dejusticia y Red de Empoderamiento Jurídico. Disponible en: <https://namati.org/resources/informe-acceso-justicia-latinoamerica-resumen-ejecutivo/>.

8 CEPAL (2020). “Desigualdades y la Economía Informal. Pasando de la crisis a la resiliencia de largo plazo” Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/reconstruir-mejor-tras-covid-19-es-necesario-hacerlo-igualdad-sostenibilidad-cepal>. OIT. (2020). El contagio o el hambre, el dilema de los trabajadores informales durante la pandemia del COVID-19. COVID-19: Proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_744028/lang-es/index.htm.



Estado de proteger y garantizar todos los derechos. Es decir, se trató del incumplimiento del contrato social que da fundamento al Estado de derecho, produciendo una afectación más grave a los Estados debilitados y neoliberales de la región y a sus grupos más vulnerabilizados.

Al respecto, se realizó una crítica al surgimiento del concepto de “seguridad sanitaria global”, por ser globalizante y estar vinculado fuertemente con la agenda de salud delimitada por el Norte Global y con grandes implicancias geopolíticas para el Sur Global. Las expertas y expertos afirmaron que este concepto va creando un régimen de gobernanza global para las emergencias de salud pública y crisis epidemiológicas internacionales, que se mantendrá constante para las crisis que puedan ocurrir en el futuro.

Finalmente, se resaltó los problemas de salud internacional son problemas de seguridad nacional en este nuevo régimen de gobernanza.

c. Securitización de la salud pública y excepcionalidad como regla

El grupo de trabajo alertó que se ha iniciado un proceso de securitización de la salud pública a nivel global, el cual ha impactado –con distinto alcance– en otros derechos fundamentales de las personas. Este fenómeno ha provocado fuertes restricciones a derechos fundamentales y ha normalizado la utilización de ciertos instrumentos y prácticas.

En estos contextos, las medidas restrictivas de derechos fundamentales se naturalizan sin analizar su proporcionalidad, legalidad y temporalidad⁹. Si bien las libertades individuales pueden estar sujetas temporalmente a restricciones, estas deben siempre estar previstas en una ley, perseguir fines legítimos y cumplir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, deben haber sido dictadas por razones de interés general, orden público, seguridad nacional o para asegurar el respeto de los demás, la salud pública o la moral pública¹⁰.

9 La Corte IDH dictó la Resolución 1/2020 que establece entre otros aspectos, que: “[t]odas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

10 Ver los artículos 30 y 32 de la CADH.

Surgió así, para los tomadores de decisiones, el discurso de la excepcionalidad como nueva regla que rige la totalidad de las relaciones y formas en que se vinculan las personas con el Estado y con los derechos. Este discurso ha venido impactando en la arquitectura institucional del Estado de derecho, a través de la afectación de la división de poderes y el principio de legalidad.

Las expertas y expertos hicieron hincapié en el surgimiento de una política de la excepcionalidad como nueva regla frente a las emergencias de salud pública, con un avance de la biomedicalización y disciplinamiento de la vida cotidiana de la ciudadanía.

En este sentido, se expresó que lo que parecía “excepcionalidad” en la respuesta a las pandemias fue creando el aparato de “seguridad sanitaria global”, al simplificar las lógicas de respuesta a cuarentenas, militarización, controles médicos y policía médica como biopolíticas efectivas, pero que vulneran derechos fundamentales.

La declaración de la excepción constitucional plantea el desafío para los Estados de armonizar la realización de los derechos humanos con la imposición de medidas restrictivas para el control y prevención de la pandemia. Estas medidas pueden afectar derechos individuales y colectivos (Alé, 2021)¹¹, así como la propia institucionalidad de los Estados. Esta problemática hace surgir nuevas interrogantes en el sentido de quién pone límite a la acción estatal (Alé, 2021).

A pesar de que en el plano internacional se han establecido ciertos contenidos mínimos inderogables de los derechos que permiten poner límites a la acción estatal, durante la excepcionalidad se ha identificado un incremento de la violencia institucional, sin que se hayan adecuado las acciones o estrategias de seguridad a los estándares y principios internacionales.

También, durante la excepción constitucional, el derecho internacional –entendido como derecho de cooperación– ha sufrido retrocesos, al primar en América Latina y Europa una “política de unilateralidad nacional” (Ahrens,

11 Alé, MC (2021). Colisión de derechos en la pandemia. Derecho a la salud y límites a la acción estatal. *Jurídicas CUC*. Vol 17.(1): 367-404. Disponible en <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/3370>.



2021: 2). Este retroceso puede verse reflejado en que, durante la pandemia, algunos países han suspendido la garantía de los derechos previstos en la CADH. Si bien este procedimiento de suspensión está previsto en el mismo instrumento, su empleo en contextos de crisis da cuenta de la imposibilidad de los Estados de cumplir adecuadamente con su deber de proteger a la ciudadanía.

d. Deficiente andamiaje jurídico del derecho a la salud, el sistema de salud y el modelo de salud

Las expertas y expertos fueron enfáticos en señalar que no se debe pensar solamente en el andamiaje jurídico del derecho a la salud, sino en cómo se organizan los sistemas de salud y la discusión sobre el modelo de salud. Fue mencionado que, si bien existe normativa en materia de salud muy progresista en muchos países de la región, los mismos tienen sistemas de salud segmentados, atomizados, de distintos niveles de servicios y accesos, y la atención resulta altamente medicalizada. Todo esto no solamente dificulta el acceso a la salud, sino también la posibilidad de pensar fuera del modelo de biomedicalización y comercialización.

Se planteó que existe un reconocimiento normativo dispar del derecho a la salud en la región, lo que afecta su materialización. Al no existir una definición legal de salud, el diseño y la aplicación de las obligaciones dependen del modelo de salud que prevalezca en cada Estado. Este hecho se traslada también al plano del derecho internacional de los derechos humanos.

De igual forma, las expertas y expertos estuvieron de acuerdo en que no existe claridad sobre el núcleo básico mínimo del derecho a la salud en contextos de normalidad y de crisis, así como en el consecuente deber de protección de los Estados.

Al respecto, el grupo de trabajo indicó que resulta fundamental discutir el modelo de atención, gestión y financiamiento para la realización material del derecho a la salud. Además, señalaron que no solo es necesario pensar el andamiaje jurídico del derecho a la salud¹², sino también en

12 Se enfatiza que el andamiaje jurídico-normativo tiene que dejar de responder a una racionalidad neoliberal. Ver: Brown, W (2017). *El Pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo*. Malpaso Ediciones SL.

el marco normativo del modelo de salud. Algunas expertas y expertos consideraron que la pandemia trajo al debate el modelo de salud, por lo que debe comprenderse que no puede ser pensado independientemente del modelo de atención y de financiamiento de la salud.

También se mencionó que el derecho a la salud es un significativo vacío, es decir, que carece de un contenido normativo exigible. En opinión de las expertas y expertos, existe apenas una concepción formalista del derecho, operacionalizada, apropiada y desvirtuada por actores económicos que definen la agenda sanitaria, como organizaciones filantrópicas y el Fondo Monetario Internacional.

A su vez, se señaló, citando a Yamin, que existe escasa literatura dedicada a la interpretación de las bases normativas del derecho a la salud y que resulta necesario reforzar estos estudios. Además, se requiere de una discusión epistemológica sobre cómo dar un debate en torno a eso que llamamos derecho a la salud.

Por último, se señaló, que se encuentra pendiente una discusión de fondo en relación con los derechos subjetivos en América Latina: su alcance, validez e implementación. Se mencionó que en la región se puede identificar un patrón común sobre la concepción borrosa o difusa de los derechos subjetivos y los límites de la actuación estatal, vinculado con una matriz colonial.

e. Insuficiencia de los mecanismos de protección judicial del derecho a la salud

El grupo de trabajo concluyó que, durante la pandemia, los mecanismos de acceso a la justicia se debilitaron, afectándose la realización material del derecho a la salud. A través de un conjunto variado de fallos judiciales, se evidenció la contradicción en la manera de resolver conflictos que ocasionaron una mayor inseguridad jurídica (por ejemplo, en torno a las prioridades de vacunación, la obligatoriedad para el personal de salud, el sostenimiento de medidas de aislamiento, el cierre de establecimientos).

Algunas expertas y expertos afirmaron que ciertos países de la región aún no reconocen la justiciabilidad del derecho a la salud de manera directa. Otro aspecto señalado fue el del impacto de las sentencias judiciales en el



sistema de salud, al ordenar el redireccionamiento o redistribución de los recursos públicos desde una concepción individual del derecho, sin evaluar el impacto de las sentencias a nivel colectivo.

Se señaló que un aumento sostenido de la litigiosidad en materia de salud no necesariamente conduce a cambios estructurales y más equitativos del sistema de salud, sino que podría resultar lo contrario. Por ello, se señaló que aún existe una discusión abierta de si es útil y equitativa la judicialización del derecho a la salud o en qué condiciones podría ser útil.

Por último, sobre este tema, se mencionó la falta de un enfoque preventivo y promocional en las sentencias, que permita indagar y abordar las causas de los problemas de salud en términos colectivos.

f. Sistema global de respuesta deficiente ante la pandemia

El grupo de trabajo planteó una dura crítica al sistema global de respuesta ante la pandemia. Así, se cuestionó la matriz de respuesta caracterizada por la determinación, descoordinación y dependencia (ejemplificado con lo sucedido con la adquisición y distribución de las vacunas).

A partir de este entendimiento, se comprende que esta matriz de respuesta se repita en distintas pandemias, sin tener en cuenta la determinación social del proceso de salud y enfermedad, ni un cuestionamiento profundo al modo de producción capitalista.

Las expertas y expertos destacaron que este trabajo ha venido siendo realizado desde hace más de 50 años por la Corriente de Salud Colectiva o Medicina Social Latinoamericana, con un enfoque crítico al modelo de producción capitalista (consumista, utilitarista, extractivista) y a la forma de producir salud y enfermedad. En este sentido, resulta preocupante que sus reflexiones hayan sido visibilizadas en el campo jurídico sanitario.

Por último, se concluyó que existen escasa instancias de diálogo y entrecruzamiento de saberes entre el campo sanitario (salud colectiva) y el campo jurídico.

g. Insuficientes marcos teóricos y metodológicos y biomedicalización de la salud

El grupo de trabajo afirmó que la adopción de ciertos marcos teóricos y metodológicos condicionaron la respuesta ante la pandemia. Así, modelos como la biomedicalización y la tecnoasistencia influyen y condicionan la manera en que se forma la academia, gestores del RSI y funcionarias y funcionarios estatales, impactando luego en su forma de pensar y actuar, tanto en contextos de normalidad como de crisis.

Se señaló también que se produce una biomedicalización de las relaciones internacionales y que debe plantearse cómo esta securitización está haciendo readecuar a los países del sur a partir de las necesidades de los países del norte.

En opinión de las expertas y expertos, no solo se trata de una agenda impulsada desde los Estados Unidos, de la agenda de seguridad sanitaria o militar vinculada a la salud, sino que estos planteamientos se van a incorporar como marco conceptual en las academias. Se puede mencionar que la narrativa de seguridad nacional va configurando un régimen de gobernanza que se expresa en la futura formación de profesionales. Por ello, es necesario formar también otra diplomacia: gestores, técnicas y técnicos sanitarios, a la par que nuevos actores de la academia, movimientos sociales y de la sociedad en general.

Algunas expertas y expertos formularon críticas a la hegemonía del saber biomédico, y coincidieron en mencionar que resulta necesario comprender por qué un proceso de salud y enfermedad, de alcance poblacional, lo gobiernan solo expertos clínicos o profesionales de las ciencias de la salud. Al respecto, se mencionó que los procesos complejos deben ser resueltos de manera interdisciplinaria. Además, se puso el foco en la preeminencia del paradigma biomédico en la formación de los profesionales de la salud y las autoridades sanitarias.

En este sentido, se sostuvo que este paradigma condiciona las formas posibles de respuestas ante la pandemia e invisibiliza la determinación social de la salud y enfermedad, así como las prácticas de autocuidado comunitario, negando la participación de los grupos y colectivos sobre sus propios procesos.



h. Influencia del modelo neoliberal en la conformación de los sistemas de salud y la respuesta a la pandemia

El grupo de trabajo acordó que el modelo neoliberal impacta en la conformación de los sistemas y servicios de salud, así como en las posibilidades de respuestas de los Estados. Se hizo mención, además, al endeudamiento externo como forma de afrontar la pandemia.

Según indicaron, este hecho ha impactado en la agenda de salud, al permitir el surgimiento de nuevos actores económicos que definieron una agenda sanitaria neoliberal, influenciaron en las prioridades de salud pública y en las capacidades de los Estados para definir sus propias políticas sanitarias. También se consideró que la asignación de recursos y el establecimiento de prioridades sanitarias resultaron inadecuados durante la pandemia.

Señalaron, citando a Yamin (2013), que el empuje del neoliberalismo a la mercantilización, comercialización y privatización de la salud socava tanto el concepto como el goce del derecho a la salud. Al respecto, se señaló que los Estados se encuentran condicionados internacionalmente en relaciones asimétricas y desiguales.

En particular, las expertas y expertos coincidieron en que los Estados fueron condicionados para acceder a la vacunación por el complejo farmacéutico-industrial, a través de las cláusulas de confidencialidad que impusieron en las compras (fuera del sistema COVAX). Ello ha generado opacidad con relación al acceso a la información por parte de la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil.

A su vez, estos condicionantes afectaron la capacidad de negociación de precios de los Estados. En muchos casos, estos se vieron presionados a aceptar cualquier condición para asegurar el acceso de su población a las vacunas. En este contexto, la vacuna pasó a ser una mercadería más, perdiendo su carácter de bien público mundial (BPM).

Esta situación puso de relieve que, en muchos casos, los Estados no cuentan con suficiente margen de autonomía y de soberanía sanitaria. Así, se mencionó la necesidad de generar un debate amplio regional que permita recuperar la capacidad de negociación a los Estados.

A su vez, se enfatizó que durante la pandemia todo lo regulado en el RSI para adquirir bienes e insumos críticos se dejó de lado. Por ello, las

expertas y expertos cuestionaron la utilidad de los acuerdos previos que regulan las pandemias, si son incumplidos cuando más se les requiere. Este hecho, además de representar una violación del deber de cooperación internacional, deslegitima el RSI como instrumento.

i. Acceso inequitativo a bienes públicos mundiales y el uso geopolítico de las vacunas

En el campo jurídico, existe consenso en considerar el acceso al diagnóstico, tratamiento y vacuna contra la COVID-19 como un derecho humano fundamental que deben garantizar los Estados¹³. Durante la pandemia, esta perspectiva se reafirmó por parte de los principales organismos internacionales.

El Comité DESC (2021) ha señalado que es necesaria una distribución igualitaria y rápida de las vacunas, frente al riesgo de nuevas mutaciones del virus¹⁴. Con esta afirmación, no solo ha marcado la dimensión individual del acceso a la vacunación, sino también la dimensión colectiva.

Asimismo, el Comité DESC ha interpelado a los Estados que producen vacunas a no adoptar criterios nacionalistas en el acceso a las vacunas. Sin embargo, la vacunación no logró ser asegurada con equidad en la región. En efecto, según CEPAL (2021:8):

“La principal dificultad experimentada por los países de América Latina y el Caribe para ampliar la cobertura de vacunación se ha relacionado con la falta de disponibilidad de vacunas. Esta escasez está asociada con la alta dependencia que la región tiene de las importaciones, tanto de medicamentos como de materias primas para el desarrollo de tecnologías sanitarias, y con el acaparamiento, por parte de la gran mayoría de los países de altos ingresos, de la producción, relativamente escasa, de vacunas contra el COVID-19”.

13 En la 65ª Asamblea Mundial de la Salud se aprobó el Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP, por sus siglas en inglés), cuya meta es hacer accesible la inmunización universal. Señala que “la inmunización es un componente esencial del derecho humano a la salud, además de responsabilidad de individuos, comunidades y gobiernos, y debe considerarse como tal”.

14 El Comité adopta una Declaración sobre vacunación universal asequible contra Covid-19, cooperación internacional y propiedad intelectual (12 de marzo de 2021).



Esta dificultad también fue identificada por el grupo de trabajo, donde se mencionó la problemática de acceso inequitativo a vacunas en América Latina, su empleo geopolítico por parte de los países desarrollados y cómo se desvirtuó el carácter de bienes públicos mundiales y de derecho humano fundamental.

Por ello, el grupo de trabajo acordó que un aspecto relevante del derecho a la salud, en el contexto de pandemia, lo constituye la necesidad imperiosa de regular la producción, distribución y acceso a vacunas. Uno de los aprendizajes extraídos de las expertas y expertos es que las vacunas no deben ni pueden ser tratadas como mercancías, sino ser entendidas desde la perspectiva de bien social¹⁵.

A su vez, conforme los países de la región pudieron acceder al mercado de las vacunas, el problema vino aparejado de nuevas discusiones que deben ser analizadas desde el campo jurídico, sanitario y de la bioética. Entre ellos, el de la obligatoriedad de la vacunación para la población en general, la vacunación obligatoria del personal estratégico y las prioridades de vacunación.

2.2. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

a. La refundación e integración del sistema de salud

Desde la corriente de salud colectiva, se propone la refundación del sistema de salud en América Latina, lo que implica pensar en un nuevo paradigma decolonial y antipatriarcal desde el Sur Global. Esta propuesta, que implica reconfigurar el Estado y pensar en un nuevo andamiaje jurídico, debe lograrse mediante un proceso emancipatorio, intercultural y decolonial.

Otros autores pertenecientes a la corriente de soberanía sanitaria se refieren a la necesidad de integración de los sistemas de salud. Desde los organismos intergubernamentales (OPS y OMS), se proponen sistemas

15 El Panel Independiente de la ONU (2021) recomienda a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la OMS “emplazar a los países productores de vacunas y fabricantes a llegar a un acuerdo sobre la concesión voluntaria de licencias y la transferencia de tecnología en lo relativo a las vacunas contra la COVID-19”.

universales de salud basados en la cobertura universal, mientras que otros organismos internacionales proponen un paquete de reformas¹⁶.

Todo ello muestra que el actual sistema de salud está en crisis, lo cual abre nuevas interrogantes desde el plano jurídico: ¿Cuáles son las redefiniciones jurídicas de la arquitectura administrativa global, regional y nacional en el sector salud, y cómo, a partir de ella, se reinterpretan jurídicamente los derechos fundamentales? ¿Cuáles serían las bases normativas, o el andamiaje jurídico, a tener en cuenta para refundar el sistema de salud? ¿La refundación, integración o universalización deberían considerar la perspectiva de desigualdades sociales y la dimensión de determinantes políticos de la salud¹⁷?

b. Retornar a la estrategia de las APS en el RSI

Las expertas y expertos propusieron retomar los lineamientos de la Declaración de Alma-Ata (1978), como forma de coordinar y articular los distintos niveles de atención y como estrategia eminentemente promocional y preventiva. Esta debe hacerse explícita en el RSI o en el futuro tratado pandémico.

La falta de un enfoque basado en un abordaje integral por parte de los Estados de la región generó respuestas sanitarias fragmentadas y dispares durante la pandemia, aún dentro de un mismo territorio nacional. Por ello, se consideró necesario vincular el contenido del derecho a la salud con la prevención de enfermedades, en particular aquellas crónicas no transmisibles que se constituyen en una pandemia silenciosa.

El grupo de trabajo resaltó que gran parte del fracaso en la respuesta ante la pandemia se debió a la falta de abordajes integrales en salud tanto en los países del norte como los del sur, así como a la no implementación de la estrategia de modelos con atención primaria de la salud (ASP). Las reformas neoliberales en el sector salud no han promovido esta visión preventiva basada en el primer nivel de atención, sino en las respuestas

16 Ninguno de estos términos (refundación, integración, universalización, reformas) son análogos o pueden ser usados de manera intercambiable. Por el contrario, estos responden a tradiciones y concepciones ideológicas, políticas y económicas diferentes.

17 Es decir, deberían tener en cuenta el endeudamiento de los Estados, el ajuste estructural, el acceso a la investigación y datos, los acuerdos comerciales y la gobernanza económica y sanitaria global.



asistenciales diseñadas por el mercado y basadas en la tecnología dura para el tratamiento de patologías. La realización del derecho a la salud requiere de enfoques integrados, promocionales y preventivos.

c. Fortalecer la integración regional

El grupo de trabajo concluyó que la integración regional es necesaria para perfilar una perspectiva propia latinoamericana y mejorar la capacidad de negociación de los Estados del Sur Global. Se señaló que aún está pendiente una discusión estratégica sobre desde qué lugar de integración regional pensamos nuestra inserción en el andamiaje global.

Las expertas y expertos aseguraron que, para contrarrestar la hegemonía de un país sobre otros, se debe avanzar hacia una verdadera construcción sanitaria regional que no sea únicamente expresión de las soberanías nacionales o del centralismo de los Estados. Por el contrario, debe ser fruto de una visión conjunta consensuada de los principales problemas y de las propuestas de resolución para la región. Los mecanismos regionales y organismos intergubernamentales existentes deben convertirse en instancias propicias para impulsar esta visión regional.

d. Garantizar la disponibilidad, accesibilidad, seguridad y calidad de las vacunas

Un futuro tratado pandémico, o una eventual modificación del RSI, debe posicionarse sobre la disponibilidad, accesibilidad, seguridad y calidad de las vacunas a partir de la incorporación de la vacunación como derecho humano fundamental y su consideración como bien público mundial. Por lo tanto, no pueden ser abordados como una mercancía disponible según la capacidad de pago de las personas o países.

Será necesario para ello incidir para que los medicamentos esenciales y los dispositivos médicos no sean patentables o lo sean bajo licencias permisivas, lo que coloca en el centro de discusión a la Organización Mundial del Comercio (OMC), así como a los organismos de derechos humanos e intergubernamentales como articuladores de estas discusiones.

e. Hacia un acuerdo sanitario regional

Por último, el grupo de trabajo propuso avanzar hacia un “Acuerdo Sanitario Latinoamericano y Caribeño por el Derecho a la Salud”. Este documento debe contener los principales lineamientos y mecanismos para garantizar la realización material del derecho a la salud. Asimismo, debe constituirse en una hoja de ruta en la región para que las autoridades sanitarias, gestiones del RSI, miembros de la academia y organizaciones de la sociedad civil puedan incidir sobre los principales cambios que debe implementarse para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en contextos de crisis y de recuperación pospandémica.

Contar con un acuerdo sanitario regional serviría para potenciar procesos, experiencias y saberes de las distintas organizaciones y comunidades de la región, bajo el entendimiento que la articulación de esfuerzos a nivel latinoamericano permitirá mejorar la efectividad del derecho a la salud.

De tal forma, un instrumento de estas características podría desempeñar un rol clave para acompañar, acelerar y potenciar cambios institucionales, culturales y económicos que los países latinoamericanos deben realizar. Un acuerdo de esta naturaleza, en consecuencia, puede constituirse en un insumo fundamental en materia de presupuestos mínimos para el acceso a la salud de la población pensado y diseñado desde el Sur Global.

3. Gobernanza sanitaria

La pandemia ha acarreado problemas jurídicos globales sin que los países cuenten con herramientas, procedimientos o instituciones coordinadas a nivel global (Pérez Vera, 2021). Al respecto, se ha mencionado que la “gobernanza sanitaria” es fundamental para hacer valer el derecho a la salud y el acceso a la justicia.

En la actualidad, existe un amplio debate sobre qué entender por este término, el cual adquiere diferentes significados según el campo desde el cual se lo intente conceptualizar. En algunos casos, el constructo aparece asimilado al concepto de gobernabilidad, gobierno, o gubernamentalidad.

Este concepto adquiere visibilidad y pasa del ámbito privado al público, en el marco de reformas neoliberales aplicadas al sector salud, vinculadas con conceptos de calidad y eficientismo¹⁸, donde además cobran relevancia otros actores e intereses disputando el rol del Estado y sus funciones.

El Banco Mundial define la gobernanza como “la manera a través de la cual se ejerce el poder en la gestión de los recursos económicos y sociales para el desarrollo de un país” y establece criterios de la buena gobernabilidad (como buena gobernanza)¹⁹.

Hufty propone cinco criterios para analizar de manera analítica la gobernanza sanitaria (2006:10): a) los problemas, b) los actores, c) los puntos nodales; d) las normas, y e) los procesos. Según este autor, son los actores los que establecen las reglas de juego que orientan el comportamiento de los actores. Sin embargo, consideramos solo son ciertos actores que detentan mayor poder en la negociación, dadas las relaciones asimétricas que se establecen y los grandes condicionamientos para la soberanía sanitaria.

18 La OCDE (2004) introduce el concepto de gobernanza en el ámbito de las empresas, asociado a la “prácticas de buena calidad empresarial”. OECD. Principles of Corporate Governance. Paris; 2004.

19 World Bank. Governance and Development. Washington: IBRD; 1992. También puede consultarse: Sarwar Lateef (2017). Evolution of The World Bank’s Thinking on Governance Background Paper Governance and The Law. Disponible en: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/433301485539630301-005022017/original/WDR17BPEvolutionofWBThinkingonGovernance.pdf>.



La Organización Panamericana de la Salud (OPS) propone categorizar la gobernanza sanitaria en dos dimensiones: a) nacional o administrativa sanitaria, y b) gobernanza internacional o gobernanza sanitaria global²⁰. Esta distinción tiene relevancia en el grado de realización del derecho a la salud. Mientras la gobernanza administrativa sanitaria nacional se ancla en la constitución y legislación nacional o subnacional, la gobernanza global basa su estructura de legitimidad en la solución de problemas (Ahrens, 2022).

El grupo de trabajo estuvo de acuerdo en que la gobernanza sanitaria es fundamental para hacer valer el derecho a la salud y el acceso a la justicia. Por ello, las expertas y expertos analizaron las implicancias y desafíos de la gobernanza sanitaria global, regional y local para resolver los grandes problemas que apareja la pandemia y que ponen en tensión la realización del derecho a la salud.

3.1. PROBLEMAS IDENTIFICADOS

a. Falta de una definición conceptual y operacional de la gobernanza sanitaria

En principio, es necesario definir lo que se entiende por gobernanza sanitaria. Así, se propuso una posible conceptualización, relacionada con las reglas de juego más allá de la formalidad y en cómo se definen las relaciones de poder que existen en la sociedad. Se mencionó que las condiciones de inequidad que tiene nuestra región son el reflejo de esas reglas de juego. Por lo tanto, las mismas no pueden ser pensadas como algo exógeno, sino como parte del problema.

Bajo esta concepción, la gobernanza sanitaria aparece vinculada con los mecanismos informales. En efecto, se la relaciona con hechos sociales y procesos colectivos, razón por la cual de allí surgen las reglas del juego tan ampliamente sistematizadas en los sistemas regulatorios, pero que a la hora de ponerse en práctica entran a jugar todos los mecanismos informales. Los mecanismos informales, encabezados por actores con intereses múltiples no siempre compatibles, son los responsables y el principal problema para la implementación de todo lo que está regulado.

20 OPS (2017). Rectoría y gobernanza hacia la salud universal.

También se consideró necesario distinguir entre gobernanza y gobernabilidad. Esta última entendida como el equilibrio entre las demandas sociales y la capacidad del sistema político para responder a ellas de una manera legítima y efectiva. A su vez, se señaló la necesidad de diferenciar el enfoque de gobernanza de salud global con el de la gobernanza global de salud.

Por último, se mencionó que la centralidad de los Estados y las políticas nacionalistas pueden ser un obstáculo para la coordinación y articulación internacional.

b. Debilidad de la capacidad regulatoria de los Estados y de la OMS para el manejo de la pandemia

Además de mencionar la debilidad de la capacidad regulatoria de los Estados, el grupo de trabajo mencionó la debilidad de la capacidad regulatoria de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del sistema de gobernanza de la salud global en el manejo de la crisis. Según señalaron las expertas y expertos, la pandemia evidenció una severa debilidad en la capacidad regulatoria central. Asimismo, cuestionaron su capacidad de prevención y control en el marco del RSI, pues en los últimos diez años hubo siete epidemias de relevancia internacional.

Algunas expertas y expertos se refirieron al fracaso de la cooperación internacional en el abordaje de la pandemia y señalaron que el modelo de gobernanza de salud global se encuentra actualmente fragmentado. En su opinión, una de las razones reside en la falta de capacidad de articulación de los actores globales con una fuerte injerencia de actores privados que definen la agenda de prioridades sanitarias, como algunas entidades filantrópicas y organismos intergubernamentales. También se destacó la influencia de iniciativas como la Global Alliance for Vaccines and Immunization (GAVI).

Al respecto, las expertas y expertos señalaron que los actores del sector privado han operado antes de la conformación del sistema de salud, durante la pandemia y siguen haciéndolo en la pospandemia, en un escenario en que la ONU se encuentra debilitada por un serio déficit de financiación. En consecuencia, muchos de ellos ejercerán una gobernanza sanitaria tácita, en paralelo, basada en una agenda neoliberal. Por ello, no solo es necesario mejorar la gobernanza formal, sino también generar mecanismos que permitan controlar la gobernanza tácita de los acuerdos informales.



La misma fragmentación que existe a nivel nacional se replica a nivel central. Según las expertas y expertos, se han detectado dos tipos de liderazgo: uno normativo (de reglas de juego que es ejercido por la OMS), y otro articulador (ejercido por la cooperación internacional con un gran fracaso). El acceso inequitativo a la vacunación es uno de los ejemplos más gráficos de este problema.

Esta situación sugiere repensar, a nivel de los Estados, la gobernanza sanitaria y las capacidades estatales desde el enfoque de política pública y de los modelos que se proponen y utilizan en América Latina.

c. Debilidad de los Estados para modificar inequidades

La gobernanza se vincula estrechamente con las reglas del juego y con las relaciones de poder de las cuales emergen. Así, el grupo de trabajo estuvo de acuerdo en que las relaciones de inequidad de la región son reflejo de dichas reglas de juego. De ahí el interés de analizarlas como parte del problema.

Con relación a la gobernanza sanitaria, las expertas y expertos señalaron que es necesario preguntarse sobre qué capacidad tienen los países para incidir en las condiciones de equidad de sus sistemas de salud y cuáles son los obstáculos de gobernanza para abordar las inequidades. Esta pregunta se considera central en la discusión sobre el concepto de gobernanza, gobernabilidad y las relaciones de poder.

Al respecto, se indicó que deben analizarse, en el contexto de pandemia, las reglas de juego ya determinadas, como las que provienen de las regulaciones internacionales. Asimismo, se debe determinar si pueden ser compatibilizadas con las recomendaciones de la OMS y otras emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos, así como el grado de armonización que tienen con las regulaciones normativas domésticas.

Según algunas expertas y expertos, las situaciones de inequidades previas a la pandemia plantean la necesidad de repensar los marcos legislativos, nacionales y supranacionales. En ese sentido, señalaron que muchos países tienen una buena legislación en materia de reconocimiento de derechos, pero que estos no se ven materializados porque simplemente no se han implementado.

También se mencionó que es necesario pensar en los procesos de cómo se forman las normas que definen las reglas de juego y cómo se toman esas decisiones en el marco de la gobernanza global. Además, se abrieron nuevas interrogantes: ¿Las reglas globales son suficientes o deberían ser reforzadas? ¿Están dadas las condiciones para un eventual reforzamiento? ¿Esta situación beneficiaría a los países del norte en perjuicio de los del sur? ¿Cómo se lograría ello y dónde reside el problema bajo una perspectiva global?

Se enfatizó que, frente a las recomendaciones de la OMS, los Estados siguieron diferentes caminos y se apartaron en algunos casos de las recomendaciones emitidas en el marco del RSI: predominó el nacionalismo como forma de respuesta ante la pandemia.

Asimismo, se identificaron limitaciones institucionales y políticas de los Estados de la región para organizar la respuesta sanitaria. Por otro lado, esta misma dificultad también se trasladó en la construcción de una agenda de recuperación en la pospandemia.

Por otro lado, el grupo de trabajo convino en que la gobernanza económica se vincula estrechamente con la equidad sanitaria global, la solidaridad internacional y la cooperación. Sin embargo, este es un tema poco abordado en los debates sanitarios. Con relación a este problema, se mencionó que los enfoques individualistas impidieron avanzar en soluciones equitativas a nivel global. La cooperación y solidaridad fueron aspectos poco visibilizados y abordados en la agenda. Se consideró que, de cara a un tratado pandémico, deberían contemplarse expresamente estas aproximaciones.

Por último, las expertas y expertos consideraron que resulta un desafío urgente para el futuro el asegurar la disponibilidad y distribución de insumos críticos, en particular, la regulación de patentes, vacunas, transferencia de conocimientos y tecnologías. Asimismo, debe procurarse la participación de representantes de la salud en ámbitos internacionales de discusión, como la OMC.

d. Falta de análisis de las medidas restrictivas de derechos a la luz de estándares de derechos humanos

La mayoría de las expertas y expertos señalaron que las medidas restrictivas de derechos no fueron analizadas a la luz de los estándares de



derechos humanos. Incluso, en algunos casos, fue imposible someterlas al control de los poderes judiciales o los parlamentos, que suspendieron o limitaron sus funciones durante la pandemia.

Se mencionó que las medidas que se adoptaron en el marco de la pandemia requieren del análisis de legalidad, proporcionalidad, temporalidad y razonabilidad, así como de una robusta discusión parlamentaria. Enfatizaron que los poderes ejecutivos tuvieron que tomar decisiones rápidas, sin contar con toda la evidencia, ni evaluaciones previas, en escenarios inciertos y críticos.

Además, se debatió sobre las formas en que dialogan las reglas de gobernanza global con las otras obligaciones que siguen persistiendo para los Estados, por ejemplo, las derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos. De tal forma, se señaló que debe analizarse lo sucedido con las restricciones de viajes, de volver a los propios países de los cuales las personas eran originarias, las poblaciones migrantes o las personas desplazadas forzosamente. ¿Qué sucedió con el acceso y distribución de vacunas, pases sanitarios y otras medidas restrictivas? ¿Cuáles efectos pueden causar con relación a otros derechos fundamentales en tensión?

Finalmente, se mencionó que, durante la pandemia, los actores fueron respondiendo sin un plan definido. Es decir, carecían de un horizonte que incluya y evalúe la toma de decisiones, así como los resultados de las medidas adoptadas desde diferentes ángulos.

e. Fragmentación de la capacidad regulatoria de los Estados y visión formalista de derechos

El grupo de trabajo mencionó como problemática la fragmentación de la capacidad regulatoria de los Estados de la región. Se dijo, además, que se garantizan derechos discursiva y constitucionalmente, pero las políticas públicas los desvirtúan en la práctica, al fallar los mecanismos de exigibilidad. Según las expertas y expertos, esto se debe a la preeminencia de una cultura jurídica de tipo formalista, sujeta a la textualidad de la ley.

A su vez, se hizo mención de que garantizar derechos no solo es cuestión de modificar marcos regulatorios, sino también pensar mecanismos eficientes de implementación, tales como los mecanismos de

rendición de cuentas, transparencia, previsión presupuestaria y articulación interinstitucional, entre otros. Las legislaciones nacionales deben incluir, de forma transversal, una perspectiva de derechos humanos.

Asimismo, se sostuvo que no sirve aducir la fragmentación de las capacidades regulatorias de los Estados, cuando lo fragmentado es la sociedad que genera constituciones y normativa con capacidades regulatorias fragmentadas y, en este sentido, los marcos normativos están sobreestimados (Schubert, 2021).

La discusión quedó entablada en torno al marco regulatorio del derecho a la salud y la implementación del RSI, refiriendo a los sistemas de salud, pero sin profundizar en el derecho que sustenta a los sistemas de salud (derechos objetivos y subjetivos). Se mencionó que esta discusión es escasa en la región.

Se mencionó que es necesario repensar los marcos legislativos sanitarios y de gobernanza para que los Estados puedan cumplir con el deber de prevenir y el deber de no dañar. Además, surgió la interrogante en torno a cuáles serían las condiciones para que los Estados latinoamericanos pudieran cumplir con el deber de prevenir una pandemia.

Esta idea se vinculó con el fortalecimiento de las capacidades básicas estatales. En ese sentido, se mencionó que varios países han incumplido o sobredimensionado sus capacidades básicas para responder de manera rápida y eficaz a los riesgos para la salud pública de importancia internacional. Aunque también se señaló que existieron problemas en cómo definir y evaluar estas capacidades.

f. Debilidad de los Estados para construir una agenda sanitaria

El grupo de trabajo mencionó como problemática la debilidad que tienen los Estados para construir una agenda sanitaria, debido a una excesiva fragmentación territorial y normativa. Esta situación ha provocado que cada Estado nacional o subnacional (provincial o municipal) haya respondido en función del sistema político local y no en base a una agenda sanitaria en común.

Así, en los estados subnacionales se encontraron respuestas desintegradas y descoordinadas. Aunque, en el caso de México, se lograron



mejores resultados sanitarios en el ámbito subnacional. Algunas expertas y expertos sugirieron aprender de algunas de estas experiencias de gobernanzas locales.

Por otro lado, se enfatizó los sistemas de salud se encuentran fragmentados y que ello dificulta el manejo de información para la toma de decisiones, por lo cual se requiere de mecanismos de coordinación efectivos y a velocidad en escenarios inciertos e impredecibles²¹, como en el caso de la pandemia.

Las expertas y expertos utilizaron la expresión que “toparse siempre con la misma piedra” para referirse a la actuación errática de los Estados de la región en constituir una agenda sanitaria (regional y global). Esa “piedra” fue señalada como el derecho, el cual es percibido como un obstáculo para consensuar agendas sanitarias. Al respecto, se mencionó que el derecho internacional regional latinoamericano ha sido importado casi completamente desde afuera y no fue creado en la región para la región. Se importa el derecho objetivo, pero no los derechos subjetivos, los cuales han quedado extraterritorializados (Schubert, 2021).

g. Falta de un enfoque integral e integrado y de marcos legislativos de salud pública

El grupo de trabajo señaló que los Estados carecen de un enfoque integral e integrado dentro de sus marcos legislativos regulatorios de la salud pública. En ese sentido, se mencionó que este ha sido un común denominador en toda América Latina. En ningún caso hubo una integración de la respuesta sanitaria.

En las últimas décadas, abundan ejemplos de reformas que han producido un mayor debilitamiento del rol del Estado y la gobernabilidad sanitaria.

Actualmente, los Estados se centran en la provisión de servicios individuales sin incorporar una mirada que tenga en cuenta la prevención y promoción de la salud. Al respecto, las expertas y expertos señalaron

21 Algunos países tienen mecanismos de coordinación interprovinciales. En Argentina, por ejemplo, existe el COFESA, pero abarca solo al sector público y no al de seguridad social o privado.

que sobran experiencias de reforma de los sistemas de salud en nuestra región, basadas en el aseguramiento y definición de paquetes de servicios esencialmente individuales. El abordaje de la pandemia exacerbó esta visión.

Se mencionó a su vez que, si bien los Estados reconocen la importancia de las Funciones Esenciales de la Salud Pública (FESP)²², su implementación en los contextos nacionales y locales es deficiente, al punto de existir un amplio desconocimiento de estas.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las FESP no mencionan la provisión directa de los servicios de salud por los Estados. Esta diferencia es fundamental para definir el modelo de atención, gestión y financiamiento. De ahí las críticas que recibe este modelo desde la corriente de salud internacional.

h. Excesivo nacionalismo en las respuestas sanitarias y fracaso de la gobernabilidad de los Estados

El grupo de trabajo estuvo de acuerdo en que la mayoría de los países adoptaron respuestas nacionalistas –entendidas como excesivamente protectoras de sus propias poblaciones y límites territoriales, en desmedro del deber de cooperación internacional– en sus intervenciones sanitarias. De esta forma, en América Latina no existió una visión regional que pudiera incrementar el poder de negociación de los Estados. A su vez, se señaló que las lógicas de protección nacionalistas muestran el fracaso de la gobernabilidad y gobernanza Global.

Entre las expertas y expertos se planteó un debate con dos posiciones. La primera orientada a promover un Estado más fuerte y racional para implementar políticas de salud que respondan a las necesidades de la población. La segunda, en cambio, en defensa de Estados con menos poder, que no centralicen ni monopolicen las decisiones de salud pública. El mismo debate se dio en torno al plano de la gobernanza internacional a través de la OMS. ¿Se requiere un organismo más fuerte o todo lo contrario?

22 Desde la salud internacional, se formula una crítica con relación a los modelos promovidos por el panamericanismo en la región y por ser “una funcionalización de la salud pública residual a los mandatos del mercado sanitario desregulado” (FEO, 2008 en Basile, 2021: 16).



El caso de Brasil sirvió como ejemplo para la discusión. Según las expertas y expertos, el Gobierno desarticuló instituciones estratégicas para acumular más poder, utilizando el miedo y la desinformación para el control social. Con relación a este problema, se señaló la importancia de problematizar el rol de los medios de comunicación en el refuerzo de la lógica de los confinamientos y el miedo, dando lugar a una biomedicina hegemónica y a una aceptación acrítica de las medidas restrictivas.

Se mencionó que la respuesta a la pandemia, el tipo de medidas y las restricciones adoptadas por los Estados, no tuvieron correlación entre gobiernos pertenecientes a una misma ideología política. Es decir, que la ideología de los gobiernos latinoamericanos no definió el tipo de respuesta ante la pandemia.

i. Participación social en las medidas sanitarias

En este sentido, se señaló que si las medidas se hubieran llevado a cabo a través de procesos participativos (con la ciudadanía y el tercer sector) seguramente hubiesen generado mejores efectos y mayor apropiación. Se mencionó, además, que las medidas sanitarias requieren una discusión participativa, con delegación y descentralización en la toma de decisiones.

3.2. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

a. Abordaje a través de las FESP

Una propuesta del grupo del trabajo para contrarrestar la fragmentación y descoordinación a nivel estatal es la implementación de las FESP, a través de una propuesta integral e integrada.

b. Construcción de liderazgos y rectoría estatal

Para el diseño e implementación de una propuesta integral, es necesario construir un liderazgo político y en términos de rectoría por parte del Estado. Con ello, debe contribuir a la mejora de todas las instancias de gobernanza sanitaria.

c. Participación social como forma de gobernanza

Es necesario generar un cambio en la toma de decisiones bajo un modelo participativo real. Debe existir un sistema de público acceso a información para el monitoreo de los organismos intergubernamentales, de los otros Estados, de las organizaciones de la sociedad civil y de la ciudadanía en general.

d. Establecer mecanismos de rendición de cuentas para garantizar derechos y transparencia

Es necesario establecer mecanismos de rendición de cuentas (*accountability*) a los países, para poder así garantizar derechos y transparentar los mecanismos de financiamiento de los organismos intergubernamentales. Para pensar la recuperación pospandémica, se tienen que discutir temas como los siguientes: las formas en que la OMS toma decisiones, el rol del secretariado, los condicionantes que imponen los actores externos a los Estados y el modo de acceso a de los recursos críticos en salud.

e. Analizar las condiciones para generar un marco mejor regulatorio

Se señaló que es necesario discutir aún con mayor profundidad sobre la gobernanza sanitaria, ya que se abrieron nuevos interrogantes de relevancia para la discusión de un nuevo marco regulatorio “mejorado”.
¿Bajo qué condiciones se podrá generar el derecho que dé sustentabilidad?
¿En qué medida los Estados estarán dispuestos a asumir responsabilidades?
¿Cómo se determinarán los contenidos y procedimientos de la justicia y en qué normas se expresarán esas condiciones (y no al revés)? (Schubert, 2021).

4. Reglamento Sanitario Internacional

El RSI es un instrumento legal vinculante para los Estados, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud en el año 2005. En él se establece el marco jurídico de actuación de los países en materia sanitaria, a partir de la creación de procesos y procedimientos para la vigilancia, detección y control de emergencias de salud pública de importancia (ESPI).

El objetivo principal del RSI es “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública, y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias en el tráfico y el comercio internacional”.

El RSI enuncia las respuestas que deberían proporcionar los Estados²³. La Asamblea de la Salud examina periódicamente el funcionamiento del RSI y realiza seguimiento de sus recomendaciones. Asimismo, el instrumento faculta a la OMS para coordinar las respuestas en materia sanitaria frente a una pandemia. Actualmente, ha sido suscrito por 194 países.

Desde el punto de vista jurídico, el RSI es una legislación secundaria de la OMS. No es un tratado de derecho internacional, por lo que su incumplimiento no acarrea sanciones, y no es judicializable ni exigible directamente por la ciudadanía. Tampoco suele ser directamente aplicable en los ámbitos jurídicos nacionales y no contiene normas autoejecutables.

El RSI es considerado una piedra angular del derecho internacional en materia de salud pública y seguridad sanitaria (OMS, 2021). Sin embargo, este no ha sido implementado por los distintos países, ni ha logrado la coordinación de la crisis sanitaria con los resultados esperados. Distintos motivos en las discusiones actuales buscan comprender las causas de sus fallas y deficiencias.

23 Este reglamento regula el proceso de elaboración de recomendaciones de la OMS, de los centros nacionales de enlace, los puntos de entrada, las medidas de salud pública (generales y especiales), los documentos sanitarios, el Comité de Emergencia, el Comité de Examen y las listas de expertos, entre otros temas. Además, en el RSI se definen las capacidades básicas que deben tener los Estados y la forma de evaluación y autoevaluación de estas capacidades.



En la elaboración del RSI se omitió el debate sobre la cooperación administrativa internacional y los condicionantes de los ordenamientos jurídicos administrativos internacionales. Esto actualiza el debate sobre las relaciones entre políticas públicas (locales y globales) y el derecho administrativo globalizado.

4.1. PROBLEMAS IDENTIFICADOS

a. Diferentes posiciones con relación al RSI

En el grupo de trabajo se generó un debate que se articuló en torno a dos posiciones: a) quienes sostenían que el RSI no tuvo problemas de diseño, aunque sí de implementación, y b) quienes sostenían que el RSI tuvo problemas de diseño y también de implementación.

Algunas expertas y expertos que participaron en la reforma al RSI del 2005 sostuvieron que este instrumento no tiene un problema de diseño, sino de implementación, pues carece de mecanismos que permitan a los países tener mayor injerencia en la gobernanza global. Este poder está actualmente está centralizado en el director de la OMS y en la burocracia del secretariado.

Se señaló también que su problema estaría en “el derecho en acción”, preguntándose si el derecho realmente puede crear condiciones que influyan en su aplicabilidad. Otras preguntas que surgieron fueron sobre cómo debería ser formulado el derecho administrativo internacional para que funcione.

Además, se indicó que el problema de la implementación reside en que el sector salud no es el único decisor en el ámbito nacional e internacional, al entrar en juego intereses económicos. Aseguraron que, en definitiva, la instancia de salud hace la coordinación operativa, pero las decisiones políticas se toman en otra mesa.

Por otro lado, algunas expertas y expertos identificaron fallas en el diseño de la RSI como instrumento y en la propia arquitectura jurídica sanitaria global. Estas son parte del diseño jurídico administrativo del estado sanitario e implican una fragilidad institucional para el manejo de la crisis.

El RSI, al institucionalizar “una nueva política pública de emergencia de salud global”, formuló sus postulados a partir de una globalización jurídica desde arriba (*top-up*). Al respecto, un experto formuló la siguiente pregunta: ¿el problema de la implementación del RSI se encuentra vinculado con la falta de adecuación de la legislación interna o doméstica, creando una doble reglamentación administrativa?, ¿existe una política sanitaria autónoma doméstica en tiempo normales y una política global para tiempo de crisis o emergencias? (Pérez Vera, 2021).

Esto nos lleva al ámbito del derecho de la cooperación administrativa internacional, que pone de manifiesto las interfaces entre los ámbitos de actuación de los distintos agentes (organización internacional y Estados), y los problemas de eficacia, transparencia y protección jurídica que se plantean.

Las dificultades surgen, entre otras cosas, por la aplicación de diferentes regímenes jurídicos a las actuaciones de los agentes (las organizaciones internacionales según el derecho público internacional, y las administraciones nacionales según su derecho nacional y, según sea el caso, según las disposiciones de derecho internacional que hayan incorporado al derecho nacional). El factor decisivo es el engranaje y coordinación entre los regímenes jurídicos implicados en términos procesales y sustantivos. Esto demuestra lo complejo que es el proceso hacia una RSI realmente funcional (Ahrens, 2022).

Pensar en la complejidad del “derecho administrativo internacional anclada en el derecho internacional público” nos convoca a desencadenar verdaderos debates con múltiples actores y sectores, donde los poderes de los Estados y organismos intergubernamentales de derechos humanos tienen un rol fundamental en la armonización y coordinación normativa para la realización efectiva del derecho a la salud.

Las consecuencias del planteamiento de la doctrina sobre el derecho administrativo internacional requieren una mayor consideración para llegar tanto a un convenio pandémico equilibrado como a un adecuado ajuste o modificación del RSI (Ahrens, 2022), con requisitos básicos de transparencia, claridad de las responsabilidades y equidad entre Estados y organizaciones internacionales. En el caso de estas últimas, la garantía de una protección jurídica elemental y de posibilidades de información y control también forman parte de ello (Ahrens, 2022).



Por otro lado, las expertas y expertos señalaron que existieron desequilibrios de fuerza entre los países del norte y los del sur en las negociaciones de la reforma del RSI en el año 2005 y que ese desequilibrio continúa presente. Un mecanismo al que acudieron los países del norte para desvirtuar el RSI fue la formulación de reservas en el instrumento. Al respecto, señalaron que las políticas de seguridad sanitaria fueron pensadas en defensa de los intereses de los estados del Norte Global.

Según señalaron algunas expertas y expertos, el RSI fue diseñado para controlar a los países del sur, por lo que los países desarrollados nunca pensaron en ser fiscalizados por dicho instrumento. Por ello, subrayaron la necesidad de discutir y problematizar quiénes administran el RSI, quiénes son los gestores de la diplomacia sanitaria en América Latina, cómo impacta en ellos la matriz securitaria, y también cómo fue colonizada la academia, a partir del paradigma de seguridad sanitaria global.

b. Debilidad de la arquitectura global para prevenir, controlar y responder a la pandemia

El grupo de trabajo estuvo de acuerdo en que la arquitectura global fracasó en la prevención y control de la pandemia, verificándose múltiples fallas en el sistema establecido en el RSI para el abordaje de las enfermedades de importancia internacional.

Las expertas y expertos señalaron dos factores: las ausencias o falencias en la coordinación global de respuesta por parte de la OMS, y el incumplimiento del RSI por parte de los países de la región. Los motivos fueron varios: condicionamientos internacionales, falta de desarrollo de las capacidades básicas de los Estados, falta de financiamiento, falta de legislación, escasez de recursos humanos, insuficiencia de laboratorios e insumos, entre otros.

También se mencionó que los Estados, casi de manera exclusiva, basaron su respuesta en la vacunación (medida farmacológica) y no en la determinación social del proceso de salud y enfermedad de las poblaciones, lo que llevó a abordajes limitados, no integrales y reduccionistas de la pandemia.

c. Implementación de políticas unilaterales nacionales

El grupo de trabajo convino en que los países implementaron políticas unilaterales con un enfoque nacionalista y excesivo centralismo durante la pandemia. Esto ocurrió aún en contra de los deberes de solidaridad, cooperación e integración regional de los Estados, recurriendo incluso a políticas que generaron importantes impactos transfronterizos.

Como ejemplos, se mencionaron el cierre de fronteras, la prohibición de exportar recursos críticos para el diagnóstico, la confiscación de insumos destinados a otros países, la disposición de cuarentenas y retenciones de personas, entre otras.

d. Fallas identificadas en la aplicación del RSI por parte de la OMS

Un problema importante identificado por el grupo de trabajo tiene que ver con el funcionamiento y liderazgo de la OMS. Las expertas y expertos consideraron que se trata de un problema internacional y mencionaron algunas de sus expresiones: excesivas demoras y burocracia, opacidad, falta de transparencia, problemas de financiamiento y una definición de la agenda por parte del sector privado.

Específicamente, se identificaron excesivas demoras en el proceso de convocar al Comité de Emergencia, así como en la notificación, declaración de emergencia y elaboración de recomendaciones por parte del director de OMS.

e. Opacidad, falta de transparencia y liderazgo de la OMS

El grupo de trabajo consideró problemática la opacidad con la que se elige a los expertos que integran el Comité de Emergencia y el Comité de Examen de la OMS. Según las expertas y expertos, estas elecciones no se desarrollan a través de procedimientos transparentes, públicos o democráticos, sino por el contrario, se eligen discrecionalmente con predominio de profesionales pertenecientes a las ciencias médicas.

Por otro lado, otra limitación vinculada con la implementación del RSI tiene que ver con falta de un liderazgo sanitario global por parte de la OMS. Tal es así que la misma organización propone el establecimiento de un órgano de negociación intergubernamental para fortalecer la prevención, preparación y respuesta frente a la pandemia.



f. Problemas con la evaluación de las capacidades básicas de los Estados en el marco del RSI

El grupo de trabajo también identificó problemas vinculados con la forma y resultados de la evaluación de las capacidades básicas de los Estados²⁴. Como señalaron las expertas y expertos, se evidenciaron demoras en la detección, notificación y capacidad de respuesta de brotes durante la pandemia. Esto último puede deberse a dos razones: la matriz de evaluación no mide con indicadores sensibles “las capacidades básicas de los Estados”, o los países sobreestiman sus capacidades básicas y no son consistentes con la realidad.

En este sentido, se consideró necesario pensar en mecanismos de control y rendición de cuentas de la información proporcionada por los Estados.

g. Falta de incorporación y adecuación del RSI a la legislación nacional

El grupo de trabajo hizo hincapié en que el RSI es un instrumento débil en términos jurídicos y que los países no lo han incorporado en sus legislaciones. De tal forma, los países han hecho aplicaciones heterogéneas de sus disposiciones y han cumplido de manera limitada con las recomendaciones elaboradas por la OMS.

En cada país, el RSI ha sido aplicado por órganos del Poder Ejecutivo sin independencia ni autarquía (generalmente ministerios de salud o secretarías), y sin suficiente injerencia en relación con otros sectores y ministerios.

h. Riesgos y desafíos de una reforma del RSI o de un futuro tratado pandémico

El grupo de trabajo puso de relieve los riesgos que implica la discusión de un tratado pandémico en el contexto actual, con hegemonías marcadas por los países del norte, organismos intergubernamentales debilitados y países del sur en crisis, donde la seguridad sanitaria global está planteada en términos de seguridad sanitaria nacional de los países centrales.

24 Para la evaluación de las capacidades básicas se utiliza una plataforma digital. Los países tienen a disposición un instrumento electrónico de autoevaluación para la presentación anual de informes (e-SPAR), a través de una plataforma basada en la web. El uso de este formulario es voluntario.

Se expresó, además, la existencia de un panorama complejo para discutir los derechos humanos, en el cual resultaría un gran desafío lograr los consensos para aprobar algún instrumento multilateral. En este sentido, las expertas y expertos compartieron su preocupación de que existan factores regresivos en un nuevo instrumento y que los actores del sur no tengan voz suficiente en el proceso de reforma.

Se mencionó además que la agenda de seguridad global, promovida por la OMS, es el eje de la nueva discusión, y no los derechos humanos, por lo que resulta necesario descolonizar la matriz de seguridad global y el pensamiento en salud. En este sentido, se expresó que la principal preocupación de una eventual reforma debe girar en torno a que el futuro tratado pandémico asegure los derechos humanos en el marco de la globalidad y no bajo la lógica de la seguridad sanitaria.

También se expresaron preocupaciones en torno a si el futuro tratado pandémico logrará consenso suficiente²⁵, lo que puede significar que esa estructura global no tenga efecto o solo lo tenga para temas de seguridad. Igualmente, las expertas y expertos advirtieron las posibles consecuencias con relación a las geopolíticas que imponen los países del norte. Por ello, para revertir este posible escenario, la participación del hemisferio sur tiene que ser estratégica en este proceso.

Finalmente, se señaló que resulta necesario desarrollar instrumentos jurídicos de carácter vinculante en materia sanitaria y que se necesitan compromisos materializables en normas de carácter convencional, aunque el riesgo regresivo esté presente.

4.2. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

a. **Asegurar una amplia participación social y representatividad del Sur Global en el proceso de reforma del RSI**

Es necesario contar con mecanismos que aseguren una amplia participación de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil en el ciclo

25 Como ejemplo, en el ámbito interamericano, solo una de las tres últimas convenciones entró en vigor. Las otras no lograron alcanzar las ratificaciones necesarias. Se menciona además que los consensos no se están materializando en el abordaje de problemáticas específicas como la crisis migratoria, el cambio climático, entre otros temas.



de elaboración, implementación, evaluación y monitoreo del cumplimiento del RSI, así como para el desarrollo de planes de recuperación pospandemia. Se debe incorporar a representantes de distintos grupos vulnerabilizados y a personas expertas en sus problemáticas (niñez, migrantes, discapacidad, género, etnicidad, etc.), asegurando la interdisciplinariedad.

El RSI debe contar con una mayor representatividad de los países del Sur Global. Asimismo, las medidas que se adopten deben ser discutidas con el país involucrado y a nivel regional. Deben establecerse mecanismos democráticos, abiertos y participativos para la designación de expertas y expertos que integren la nómina del Comité Asesor, el Comité de Expertos o el Comité de Evaluación. En cada país deben intervenir los organismos nacionales de ciencia y técnica existentes, las universidades públicas y los colegios de profesionales, elevando sus propuestas a los poderes estatales.

La información sobre expertos, sus antecedentes y trayectorias, deben ser de libre acceso para la ciudadanía, así como también los informes que elaboren. Además, se debe definir el contenido de lo que puede ser considerado conflicto ético y establecer declaraciones juradas donde conste por expreso su no existencia con relación al sector privado.

b. Incorporar de forma explícita los principios del derecho internacional de los derechos humanos y los enfoques de interseccionalidad e integralidad en el RSI

El nuevo RSI debe asumir explícitamente la perspectiva de derechos humanos, interculturalidad e interseccionalidad de género, para lo cual debe centrar su atención en las personas, colectivos y comunidades vulnerabilizadas. De tal forma, su elaboración debe responder a los principios del derecho internacional de los derechos humanos, asegurando un núcleo intangible de derechos humanos que considere su indivisibilidad e interdependencia.

En el contexto de enfermedades endémicas, se torna necesario que los países garanticen políticas sociales y sanitarias, junto con todas las medidas económicas, judiciales, legislativas, administrativas, presupuestarias y promocionales para la realización del derecho a la salud.

Se considera fundamental que una futura modificación del RSI contenga disposiciones que orienten la acción de los Estados a partir de

nuevas dimensiones de análisis, como son la intersectorialidad, integralidad, enfoques promocionales y preventivos, transparencia, seguridad e interseccionalidad de género.

c. Establecer recomendaciones para el sector privado vinculadas a las directrices sobre empresas y derechos humanos

Dado que los sistemas de salud en América Latina se encuentran segmentados y fragmentados, con una gran presencia del sector privado, se deben contemplar, directrices, y normas en el RSI que puedan ser aplicables al sector privado de salud y a la seguridad social. Por ejemplo, requerir el ajuste del sector privado a las directrices de empresas y derechos humanos de la ONU.

En este sentido, se puede destacar como un gran avance la Resolución 4/2020 sobre “Derechos Humanos de las Persona con COVID-19” por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que incluye un llamado en relación a la intervención de actores privados durante la pandemia.

En el marco del RSI, se deben incorporar disposiciones, orientaciones y pautas éticas para los colegios profesionales, personal sanitario (perteneciente a cualquier sector), sindicatos y universidades para la prevención, preparación y respuesta frente a la pandemia. De igual forma, deben contemplarse obligaciones de diligencia debida (*preparedness*) por todos los agentes estatales y no estatales.

d. Explicitar el marco de compromiso con actores no estatales en el RSI

La OMS requiere consolidar su legitimidad como organismo intergubernamental, para debe reforzar la independencia, autonomía y autarquía de cualquier otro poder o sector, y explicitar un nuevo marco de compromiso con actores no estatales²⁶, descartando conflictos de interés con criterios rigurosos.

26 FENSA (2016). Marco de compromiso con los actores no estatales. Framework of engagement with non-State actors Disponible en: https://www.who.int/about/collaborations/non-state-actors/A69_R10-FENSA-en.pdf.



En ese sentido, deben quedar claras las reglas para integrar los comités del RSI, estableciéndose prohibiciones como las de no recibir fondos provenientes de industrias del alcohol, alimentos o bebidas endulzadas; tampoco establecer ventajas competitivas indebidas. Debe también evitarse que la OMS reciba contribuciones a través de un Estado miembro que, a su vez, recibe fondos de estas empresas. Los fondos recibidos de estas alianzas deben ingresar a los fondos presupuestarios del organismo.

e. Establecer directrices para regular la calidad y contenido de la información a comunicar

También es necesario que el RSI contenga recomendaciones sobre el rol de los medios de comunicación y redes sociales con relación a la cobertura de las crisis sanitarias, de tal manera que compatibilice el derecho a la información, la libertad de expresión y la libertad de prensa con un trato adecuado de la calidad y contenido de la información a transmitir. Al respecto, deben integrarse recomendaciones elaboradas por organismos intergubernamentales especializados en libertad de expresión.

f. Incorporar medidas compensatorias de los efectos de las medidas sanitarias en el RSI

La modificación del RSI debe contener menciones expresas a las medidas compensatorias de los efectos de las medidas sanitarias de cierre, cuarentena, restricción de circulación o aislamiento que dispongan los Estados. De tal forma, podrán ser compatibles con el derecho a la salud y los demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que surgen de distintos tratados internacionales. La protección social es central en el abordaje de las pandemias.

g. Establecer otras formas de evaluación y medición de las capacidades básicas estatales

Es necesario problematizar la forma de evaluación, valoración e interpretación de las capacidades básicas estatales. Estas deben ser entendidas en un contexto más amplio, que posibilite la preparación y la respuesta de los Estados e se interprete teniendo en cuenta su deber de no dañar y prevenir. Es decir, pensarla a partir del tamiz de los principios de

derechos humanos. La falta de preparación para responder a una pandemia constituye una necropráctica del “dejar morir”, al crear de manera sistemática condiciones de desprotección de las personas, colectivos y comunidades.

Al mismo tiempo, se deben incluir indicadores (de estructura, procesos y resultados) que den cuenta del modelo de gestión, atención y financiamiento que implementan los Estados para condicionan su capacidad real de respuesta. En ese sentido, es necesaria la construcción de indicadores sobre capacidad básica estatal. Para ello, se requiere de una definición conceptual y otra operacional que permita medir el grado de avance o retroceso en el establecimiento de capacidades básicas.

Los Estados deben elaborar informes periódicos sobre sus capacidades básicas, los cuales podrán ser objeto de discusión democrática en el seno de los poderes legislativos. En consecuencia, no debe tratarse de reportes elaborados de manera inconsulta y unilateral por parte de los poderes ejecutivos de los Estados parte.

h. Incorporar el estatuto de refugiados ambientales y pandémicos en el RSI

Durante la pandemia, se elaboraron recomendaciones en materia de migración, refugio y asilo. Sin embargo, aún no se contempla una figura análoga a los refugiados políticos para proteger a los refugiados ambientales o pandémicos.

Es posible avanzar en una regulación que contemple una denominación y procedimientos de protección para aquellas personas que se vean obligadas a emigrar forzosamente por problemas ambientales (contaminación, cambio climático en sus territorios o por epidemias o pandemias) o por el establecimiento de medidas restrictivas en el marco de RSI (cuarenta o aislamientos). Este es un desafío del derecho internacional sanitario.

i. Monitorear los determinantes transnacionales, intermedios y de la fuerza laboral

Si bien los determinantes ambientales y transnacionales tienen impacto en el proceso de salud, enfermedad, atención y cuidado de las



personas y comunidades, no están suficientemente contemplados en la normativa nacional o internacional.

Se debe tener en cuenta en el RSI los determinantes de la fuerza laboral, en particular la migración internacional del personal sanitario (de países empobrecidos a países enriquecidos), ya que ello tiene repercusión directa en la debilidad o fortaleza del sistema de salud y en la equidad sanitaria global.

Es necesario abordar los aspectos vinculados a las condiciones preexistentes que se han asociado a peores niveles de morbilidad y mortalidad en el personal de salud: informalidad de la contratación, multiempleo, precarización, baja remuneración, feminización del personal de salud, ausencia de perspectiva de carrera laboral, entorno laboral no seguro, malas condiciones higiénicas y sanitarias, sobrecarga laboral, excesiva demanda de servicios y asistencia, sufrimiento psicosocial, entre otros.

Por ello, el RSI debe contener recomendaciones con relación a la fuerza laboral y la migración internacional con perspectiva de colaboración y cooperación, en articulación con los organismos intergubernamentales competentes y especializados.

j. Incorporar nuevos mecanismos de articulación basados en la solidaridad y cooperación

Es necesario pensar mecanismos de articulación basados en la solidaridad y cooperación en el financiamiento de las acciones que se establezcan en el marco del RSI. Se debe avanzar en la cooperación y coordinación de los Estados parte, utilizando los mecanismos multilaterales existentes en la región (como el Mercado Común del Sur, MERCOSUR) o creando nuevos organismos que puedan asegurar disponibilidad de los BMP y el abordaje de los determinantes transfronterizos.

Por otro lado, es crucial capitalizar los aprendizajes de los distintos organismos intergubernamentales en el contexto de pandemia y pospandemia, integrando el conocimiento producido y sus recomendaciones.

Asimismo, en el proceso de reforma del RSI o de elaboración de un nuevo tratado pandémico, la CIDH y otros organismos regionales intergubernamentales deben tener un rol más relevante en la discusión y

propuestas para incluir la perspectiva de derechos humanos. Al respecto, consideramos oportuno que los órganos del sistema interamericano de derechos humanos continúen reflexionando sobre las problemáticas que generan los problemas estructurales que abordaron las expertas y expertos: dependencia, la determinación, el colonialismo y el modo de desarrollo basado en la producción extractivista.

A su vez, se debe fortalecer la plena implementación del RSI por parte de los Estados. En este sentido, conviene que las medidas implementadas sean objeto de revisión y control por los otros poderes estatales y la ciudadanía en general (mecanismos de consulta y participación). Por ello, las medidas establecidas –farmacológicas y no farmacológicas– deben ser de carácter provisional y susceptibles de examen judicial.

Debe promoverse la existencia de una entidad nacional especializada, instituida, normatizada, que lidere el proceso de implementación del RSI, capaz de integrar los planes nacionales en materia de seguridad sanitaria. Al respecto, es necesario diseñar una política integral, integrada, intersectorial para la aplicación del RSI que involucre a todas las instancias gubernamentales de un país y no solo al sector salud. Esta debe permitir uniformidad regional, nacional y subnacional.

Si bien pueden existir centros de enlace nacionales, estos contar con líneas de mandos, espacio físico suficiente y recursos presupuestarios. Por su naturaleza, deben vincularse con las más altas autoridades del Ejecutivo, incluyendo jefaturas de gabinetes de ministros, cancillerías o sectores como los de Seguridad, Economía, Desarrollo Social y Salud. Esta lógica debe también replicarse en la órbita de organismos interprovinciales de articulación preexistentes

La falta de organización de respuestas oportunas parte de los Estados configuran “un dejar morir”. Por ello, asumir los problemas de salud pública en el marco de los derechos humanos constituye una decisión técnica, política, pero sobre todo ética. Debe generarse una masa crítica de profesionales formados para discutir y disputar, en el campo del derecho sanitario, internacional los sentidos y significados propios del Sur Global.

Finalmente, consideramos urgente contar con un acuerdo sanitario regional a nivel regional, a modo de hoja de ruta, sobre cómo debe garantizarse el acceso a la salud en contextos de crisis y de recuperación



pospandémica. Para ello, deben identificarse las medidas más importantes que los Estados deben adoptar para asegurar el efectivo ejercicio de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, haciendo realidad el principio de igualdad y no discriminación.

5. Reflexiones finales de la coordinadora del grupo de trabajo

5.1. SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

A propósito de la discusión en torno a la optimización del derecho a la salud en América Latina, la coordinadora del grupo de trabajo considera necesario discutir los distintos modelos sanitarios que condicionan el alcance y efectividad del derecho a la salud. A la vez, se debe avanzar y consensuar una definición conceptual y operacional del derecho a la salud.

También es necesario generar nuevas instancias de diálogo interdisciplinario y avanzar hacia el establecimiento de un lenguaje en común entre personas expertas pertenecientes a distintos campos disciplinares, con lógicas diferentes y cuyas discusiones permanecen aún escindidas. Se necesita un entrecruzamiento discursivo entre los campos jurídico (a nivel internacional y administrativo), sanitario, bioético, económico y sociológico, incluyendo las voces silenciadas de la ciudadanía.

Asimismo, se debe pensar el proceso de salud y enfermedad teniendo en cuenta modelos desarrollados por corrientes sanitaristas críticas latinoamericanas. No hacerlo puede coadyuvar a reforzar una visión mercantilista e individualista del derecho a la salud.

La coordinadora del grupo de trabajo enfatiza que son las mismas corporaciones quienes invocan el lenguaje de los derechos humanos contra el control de precios de medicamentos y la liberación de patentes, atentando con ello contra la lógica de la equidad en salud. Por ello, es necesario entablar una lucha por el significado de los derechos humanos, y que los parlamentos y los tribunales creen las bases de sistemas de salud más equitativos a través de cambios estructurales. En salud se requiere un movimiento revitalizador de los derechos humanos (Kapczynski, 2022)²⁷.

27

Kapczynski, A. (2022). El derecho a los medicamentos en la era del neoliberalismo. Disponible en: <http://humanityjournal.org/issue10-1/the-right-to-medicines-in-an-age-of-neoliberalism/>.



América Latina necesita una nueva narrativa de derechos humanos, basada en nuevas epistemologías, que permitan generar nuevas praxis jurídicas y sanitarias, con actores disputando sentidos y saberes. El desafío hoy está planteado en generar instancias de igualdad efectiva y superar la brecha entre lo que el derecho establece y su implementación.

5.2. SOBRE LA GOBERNANZA SANITARIA

La coordinadora del grupo de trabajo considera urgente comprender la importancia de la gobernanza tácita o de los acuerdos informales que rigen las relaciones sanitarias. La pandemia evidenció como no todos los países se encuentran en igualdad de condiciones para establecer las reglas de juego, sino que ciertos actores detentan mayor poder en las negociaciones, dadas las relaciones asimétricas que establecen y los grandes condicionamientos para la soberanía sanitaria que enfrentan los países del Sur Global. Estos arreglos institucionales tienen impacto en el acceso y garantía de recursos críticos, así como en las condiciones de cobertura y acceso a los servicios de salud, pero también en las posibilidades diferenciales de enfermar y morir de la ciudadanía.

Además, en materia de gobernanza sanitaria es necesario que se adopten enfoques de justicia y gobierno abierto. Se deben fortalecer los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas por parte de los Estados, y establecer un conjunto de datos mínimos que deben aportar para cumplir con el deber de informar.

Estos, además de ser públicos, gratuitos y accesibles, no solo deben estar basados en vigilancia epidemiológica o en un listado de enfermedades infecciosas, sino en los determinantes transnacionales (cambio climático, cambios de uso del suelo, desertificación, contaminación, entre otros) y los de la fuerza laboral (migración laboral, ciclo de vida laboral, entre otros).

5.3. SOBRE EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL

La coordinadora del grupo de trabajo desea resaltar que las problemáticas identificadas no dan cuenta solo de un problema del RSI

como instrumento jurídico, sino en principal medida de los paradigmas y modelos con los que se piensa la respuesta sanitaria ante la pandemia.

Se vincula también con los múltiples condicionantes con los que se encuentran los países para implementar una respuesta sanitaria integral e integrada, algunos de los cuales son preexistentes a las pandemias. Esta discusión todavía se encuentra abierta.

La falta de discusión social de RSI en los ámbitos internacionales, nacionales y subnacionales, así como la falta de actores intergubernamentales y de derechos humanos que participen en la elaboración o modificación del instrumento, llevó a un diseño limitado y de implementación de deficiente en cada uno de los Estado parte.



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@CEJAoficialok

www.cejamericas.org